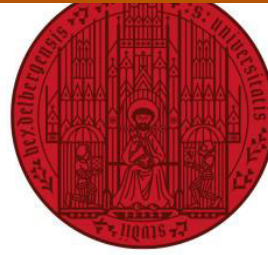




JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit
von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht.
Verbundene Unternehmen als Normadressaten der Art. 101 ff.
AEUV, im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Einheit und
rechtlicher Selbstständigkeit“**

Dissertation vorgelegt von Dominik Braun

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Winfred Tilmann

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht

Verbundene Unternehmen als Normadressaten der Art. 101 ff. AEUV, im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Selbstständigkeit

Zusammenfassung:

Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht kann nur vor dem Hintergrund des grundlegenden Spannungsverhältnisses im Bereich des Konzernrechts, sprich dem Antagonismus zwischen wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Selbstständigkeit konzernangehöriger Gesellschaften, zutreffend erfasst und verstanden werden.

In das Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts übersetzt, lautet die entscheidende Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen es zum Zwecke einer hinreichend effektiven Durchsetzung der Art. 101 ff. AEUV erforderlich und mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, unionalen Grundrechten und tragenden Prinzipien des europäischen Gesellschaftsrechts vereinbar ist, Unternehmungen, die rechtlich in Form einer Konzernstruktur verfasst sind (Konzernunternehmen) und deshalb aus mehreren rechtlich selbstständigen Gesellschaften bestehen, in Parallele zu Unternehmungen, die rechtlich in Form einer einzelnen Gesellschaft verfasst sind (Einheitsunternehmen), als wirtschaftliche Einheiten zu behandeln.

Nachstehend sollen die Eckpunkte und Kernaussagen des Konzepts der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften in seiner Interpretation durch die Unionsorgane sowie dessen Voraussetzungen und Rechtsfolgen vorgestellt werden. Sodann soll im Überblick auf Kritik und Alternativkonzepte hingewiesen werden, bevor schließlich die Ergebnisse der Arbeit in Thesenform zusammengefasst werden.

1. Eckpunkte und Kernaussagen des Konzepts

Die Eckpunkte des Konzepts der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften in seiner Interpretation durch die Unionsorgane lassen sich im Groben wie folgt zusammenfassen: Begehen Mitarbeiter einer Konzerngesellschaft eine Zuwiderhandlung gegen die europäischen Wettbewerbsregeln, kann die Europäische Kommission unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur diese unmittelbar tatbeteiligte Gesellschaft, sondern nach ihrem Ermessen alternativ oder kumulativ auch andere Gesellschaften des Konzerns zur Verantwortung ziehen. In aller Regel handelt es sich dabei um solche Gesellschaften, die in der Konzernhierarchie höher angesiedelt sind (Konzernobergesellschaften), hierunter insbesondere die Konzernmuttergesellschaft. Verhängt die Kommission eine Geldbuße gegenüber mehreren Gesellschaften desselben Konzerns, sind diese ihr gegenüber als Gesamtschuldner zur Zahlung der Geldbuße verpflichtet.

Im Zentrum des Konzepts der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften stehen drei Kernaussagen der Unionsgerichte zur Auslegung des Unternehmensbegriffs der Art. 101 ff. AEUV. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist unter dem Begriff des Unternehmens erstens *„jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“* zu verstehen.¹ Daran anknüpfend definiert das Gericht den Begriff des Unternehmens zweitens als *„eine wirtschaftliche Einheit – d. h. eine einheitliche*

¹ EuGH, Urteil vom 23.04.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21 – *Höfner und Elser / Macrotron GmbH*.

*Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel, mit der dauerhaft ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird“.*² Drittens hat auch der Gerichtshof in seiner jüngeren Rechtsprechung betont, dass ein Unternehmen im Sinne einer solchen wirtschaftlichen Einheit selbst dann vorliegt, „wenn diese wirtschaftliche Einheit rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen gebildet wird“.³

Die Europäische Kommission und inzwischen auch die Unionsgerichte leiten hieraus überwiegend die Annahme ab, dass in Konzernsachverhalten nicht die einzelnen Konzerngesellschaften als Unternehmen im Sinne der Art. 101 ff. AEUV und damit als Normadressaten der europäischen Wettbewerbsregeln anzusehen sind, sondern eine über diese hinausgreifende und sie umspannende wirtschaftliche Einheit. Demgegenüber kommen als Adressaten einer Kommissionsentscheidung, mit der eine Geldbuße nach Art. 23 Abs. 2 der Kartellverfahrensverordnung (VO Nr. 1/2003)⁴ verhängt wird, nur natürliche oder juristische Personen in Betracht. Grund hierfür ist, dass eine verhängte Geldbuße gegebenenfalls nach Art. 299 AEUV mit den Mitteln des mitgliedstaatlichen Zwangsvollstreckungsrechts durchgesetzt werden muss, was nach allgemeiner Auffassung Rechtspersönlichkeit, zumindest aber Rechtsfähigkeit voraussetzt.

2. Voraussetzungen und Reichweite des Konzepts im Überblick

Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften setzt voraus, dass mehrere Gesellschaften desselben Konzerns eine wirtschaftliche Einheit bilden. Da die überwiegende Zahl der Fälle, in denen die Unionsorgane das Bestehen einer wirtschaftlichen Einheit bejahen, die Frage der Verantwortlichkeit einer Konzernmuttergesellschaft für die Zuwiderhandlungen einer ihrer Tochtergesellschaften betrifft,⁵ soll es an dieser Stelle zunächst genügen, nur die für die Zwecke der vorliegenden Arbeit paradigmatische Mutter-Tochter-Situation in den Blick zu nehmen.

Eine wirtschaftliche Einheit zwischen einer Konzernmuttergesellschaft und ihrer unmittelbar tatbeteiligten Tochtergesellschaft besteht nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte, wenn „die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt“.⁶ Dies ist der Fall, wenn die Muttergesellschaft erstens in der Lage ist, bestimmenden Einfluss auf das

² EuG, Urteil vom 17.05.2013, Rs. T-146/09, ECLI:EU:T:2013:258, Rn. 84 – *Parker ITR Srl u.a. / Kommission*; zuvor bereits EuG, Urteil vom 15.09.2005, Rs. T-325/01, Slg. 2005, II-3319, ECLI:EU:T:2005:322, Rn. 85 – *DaimlerChrysler AG / Kommission*; EuG, Urteil vom 11.12.2003, Rs. T-66/99, Slg. 2003, II-5515, ECLI:EU:T:2003:337, Rn. 122 – *Minoan Lines SA / Kommission*; EuG, Urteil vom 14.05.1998, Rs. T-352/94, Slg. 1998, II-1989, ECLI:EU:T:1998:103, Rn. 84 – *Mo Och Domsjö AB / Kommission*; EuG, Urteil vom 10.03.1992, Rs. T-11/89, Slg. 1992, II-0757, ECLI:EU:T:1992:33, Rn. 311 – *Shell International Chemical Company Ltd / Kommission*.

³ Zunächst mit Blick auf das sogenannte Konzernprivileg: EuGH, Urteil vom 14.12.2006, Rs. C-217/05, Slg. 2006, I-11987, ECLI:EU:C:2006:784, Rn. 40 – *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio / Compañía Española de Petróleos SA*; EuGH, Urteil vom 12.07.1984, Rs. 170/83, Slg. 1984, 2999, ECLI:EU:C:1984:271, Rn. 11 – *Hydrotherm Gerätebau GmbH / Firma Compact*; in Handelsvertreterfällen: EuG, Urteil vom 15.09.2005, Rs. T-325/01, Slg. 2005, II-3319, ECLI:EU:T:2005:322, Rn. 85 – *DaimlerChrysler AG / Kommission*; ausdrücklich mit Blick auf die Frage der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften: EuGH, Urteil vom 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 55 – *Akzo Nobel NV u.a. / Kommission*.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Abl. 2003, Nr. L 1, S. 1 ff.

⁵ *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (5. Aufl.), Vor Art. 23 VO 1/2003, Rn. 82.

⁶ EuGH, Urteil vom 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 58 – *Akzo Nobel NV u.a. / Kommission*.

Marktverhalten der Tochtergesellschaft auszuüben, und diesen bestimmenden Einfluss zweitens zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung auch tatsächlich ausgeübt hat.⁷ Ob eine Tochtergesellschaft dem bestimmenden Einfluss ihrer Muttergesellschaft unterliegt oder ihr Marktverhalten autonom bestimmt, beantworten die Unionsorgane im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Verbindungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft relevanten Gesichtspunkte.⁸ Auf eine wie auch immer geartete Beteiligung der Muttergesellschaft an der konkreten Zuwiderhandlung der Tochtergesellschaft kommt es hingegen nicht an.⁹

Hält die Muttergesellschaft (nahezu) einhundert Prozent der Gesellschaftsanteile ihrer Tochtergesellschaft, verzichten die Unionsgerichte auf konkrete Nachweise für eine tatsächliche Ausübung bestimmenden Einflusses der Mutter- auf das Marktverhalten ihrer Tochtergesellschaft. Stattdessen wird aus der unbestreitbar bestehenden Möglichkeit zur Ausübung bestimmenden Einflusses im Wege einer widerleglichen Vermutung auf dessen tatsächliche Ausübung geschlossen (sogenannte „Nahezu-100%-Vermutung“).¹⁰

3. Rechtsfolgen des Konzepts im Überblick

Auf Rechtsfolgenseite wirkt sich das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften insbesondere unter zwei Gesichtspunkten entscheidend aus.

Zum einen wird der Kreis der potentiellen Adressaten der Geldbußenentscheidung erweitert und so letztlich die Anzahl der potentiellen Schuldner einer zu verhängenden Geldbuße erhöht. Sind mehrere Gesellschaften desselben Konzerns als Gesamtschuldner für eine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln verantwortlich, stehen der Kommission neben der unmittelbar tatbeteiligten Gesellschaft weitere, möglicherweise sogar deutlich solventere Gesellschaften als Adressatinnen der zur verhängenden Geldbußenentscheidung zur Verfügung. Auf diese Weise wird die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit verringert und die Durchsetzung der Geldbuße sichergestellt, zumindest aber erleichtert.¹¹

Zum anderen beeinflusst das Konzept die Höhe einer nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 zu verhängenden Geldbuße. Grund hierfür ist vor allem die mehrfache Abhängigkeit der Geldbuße vom Umsatz des zu sanktionierenden Unternehmens.¹² Erstens ist bereits bei der Berechnung des Grundbetrags einer Geldbuße vom Umsatz auf dem kartellbefangenen Markt auszugehen.¹³ Zweitens ist die Kommission befugt, in Fällen, in denen ein Unternehmen über besonders hohe Umsätze auf anderen Märkten verfügt, einen sogenannten

⁷ EuGH, Urteil vom 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 60 – *Akzo Nobel NV u.a. / Kommission*.

⁸ EuGH, Urteil vom 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 74 – *Akzo Nobel NV u.a. / Kommission*.

⁹ Siehe hierzu: *Braun/Kellerbauer*, NZKart 2015, 211, 212.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, ECLI:EU:C:2009:536, Rn. 60 f. – *Akzo Nobel NV u.a. / Kommission*.

¹¹ EuGH, Urteil vom 10.04.2014, verb. Rs. C-231/11 P bis C-233/11 P, ECLI:EU:C:2014:256, Rn. 59 – *Kommission / Siemens AG Österreich u.a.*

¹² Darüber hinaus kann das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften in seiner Interpretation durch die Unionsorgane mitunter dazu führen, dass die Voraussetzungen für das Vorliegen der Wiederholungstäterschaft bejaht werden, was sich in aller Regel ebenfalls auf die Höhe der Geldbuße auswirkt.

¹³ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Amtsblatt 2006, Nr. C 210, S. 2 ff., Rz. 13. In der Regel wird dabei der im letzten Jahr der Zuwiderhandlung erzielte Umsatz zugrunde gelegt.

Abschreckungszuschlag zu verhängen.¹⁴ Drittens wird die Kappungsgrenze des Art. 23 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 auf der Grundlage des Umsatzes bestimmt, den das Unternehmen im der Geldbuße vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielt hat. Sind in Konzernsachverhalten jedoch nicht mehr die einzelnen Gesellschaften als Unternehmen im Sinne der Art. 101 ff. AEUV anzusehen, sondern eine über sie hinausgreifende und sie umspannende wirtschaftliche Einheit, kann es nach Auffassung der Unionsorgane auch im Rahmen der Bußgeldbemessung nicht mehr allein auf den Umsatz der unmittelbar tatbeteiligten Gesellschaft ankommen.¹⁵ Die relevante Bezugsgröße ist dann vielmehr der Umsatz des Unternehmens verstanden als wirtschaftliche Einheit, mithin in aller Regel der auf Ebene der Muttergesellschaft konsolidierte konzernweite Gesamtumsatz.¹⁶

4. Kritik und Alternativkonzepte

Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften ist in den vergangenen Jahrzehnten Gegenstand zahlreicher Untersuchungen in der Literatur gewesen.¹⁷ Heute wird es meistens unter dem schlagwortartigen Begriff der „Konzernhaftung“ im europäischen Wettbewerbsrecht¹⁸ oder dem Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ im europäischen Wettbewerbsrecht¹⁹ gefasst. Ein großer Teil insbesondere des jüngeren Schrifttums hat sich dem Konzept in seiner Interpretation durch die Unionsorgane weitgehend angeschlossen und übt, wenn überhaupt, lediglich in Einzelfragen Kritik. Alternative Erklärungsansätze oder Konzepte finden sich dagegen eher selten.

Den zentralen Kristallisationspunkt der Kritik aus dem Schrifttum bildet die sogenannte (Nahezu-) 100%-Vermutung und die Frage ihrer Widerlegbarkeit.²⁰ Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die konkrete Bemessung einer zu verhängenden Geldbuße und dabei insbesondere die Handhabung der 10%-Kappungsgrenze des Art. 23 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003.²¹ Grundlegende Kritik am Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften als solchem wird vor allem unter dem Gesichtspunkt seiner Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen und unionalen Grundrechten sowie unter dem Blickwinkel seiner Vereinbarkeit mit dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip, genauer dem gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Haftungsbeschränkung, geübt.

¹⁴ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Amtsblatt 2006, Nr. C 210, S. 2 ff., Rz. 30.

¹⁵ So jedenfalls mit Blick auf die Kappungsgrenze des Art. 23 Abs. 2, S. 2 VO 1/2003 zu verstehen: *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (5. Aufl.), Art. 23 VO 1/2003, Rn. 119, wenn diese schreiben, dass der „Umsatz des umsatzschwächsten Unternehmens“ herangezogen werden sollte.

¹⁶ Siehe hierzu: *Braun/Kellerbauer*, NZKart 2015, 211, 214; *Thomas*, KSzW 2011, 10.

¹⁷ Mit der Rolle von Konzernen im (europäischen) Wettbewerbsrecht haben sich erstmals *Harms*, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, und *Lipowsky*, Zurechnung von Wettbewerbsverstößen, befasst. Siehe ferner auch *Aberle*, Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit; *Bahn Müller*, Strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit; *Bieber*, Die gesamtschuldnerische Haftung für die Zahlung von Kartellbußen im EU-Recht; *Heinichen*, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge; *Heitzer*, Konzerne im Europäischen Wettbewerbsrecht; *Menz*, Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot; *Papakiriakou*, Das Europäische Unternehmensstrafrecht in Kartellsachen; *Pohlmann*, Der Unternehmensverbund.

¹⁸ Siehe etwa: *Berg/Mudrony*, in: *Berg/Mäsch*, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 18 ff.; *Hengst*, in: *Langen/Bunte*, Europäisches Kartellrecht (12. Aufl.), Art. 101 AEUV, Rn. 36 ff.

¹⁹ Siehe etwa: *Aberle*, Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit; *Menz*, Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot.

²⁰ Siehe etwa: *Kling*, wrp 2010, 506, 510; *Bechtold/Bosch*, ZWeR 2011, 160, 166 ff.; *Gehring/Kasten/Müger*, CCZ 2013, 1, 4.

²¹ Siehe etwa: *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht (5. Aufl.), Art. 23 VO 1/2003, Rn. 119.

Das Spektrum im Schrifttum entwickelter Alternativkonzepte lässt sich im Groben ebenfalls in zwei Gruppen einteilen, die sich entweder für eine Restriktion oder eine Extension des Konzepts der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften aussprechen. Innerhalb der Stimmen, die für eine restriktivere Handhabung plädieren, wird zum einen vertreten, den Anwendungsbereich des Konzepts auf die Fallgruppe sogenannter Tatbestandsdefizite zu verengen. Zum anderen wird vertreten, die Voraussetzung für eine Verantwortlichkeit weiterer, nicht unmittelbar tatbeteiligter Konzerngesellschaften auf die klassischen strafrechtlichen Kategorien, etwa von Täterschaft und Teilnahme oder Tun und Unterlassen, zurückzuführen. Die Vertreter extensiverer Ansätze setzen entweder bei den Voraussetzungen oder der Reichweite des Konzepts an. Nach einer Auffassung soll bereits das Bestehen einer bloßen Kontrollmöglichkeit ausreichen, um die Verantwortlichkeit weiterer Konzerngesellschaften zu begründen. Auf die tatsächliche Ausübung bestimmenden Einflusses komme es indes nicht an. Nach anderer Auffassung sollen alle zu einer wirtschaftlichen Einheit gehörenden Konzerngesellschaften akzessorisch für eine Geldbuße haften, unabhängig davon, ob die einzelnen Gesellschaften über die Möglichkeit zur Ausübung bestimmenden Einflusses verfügen oder nicht.

5. Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesenform

(1) Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit erfüllt im europäischen Wettbewerbsrecht – in den deutschen Sprachfassungen von Entscheidungen der Kommission und von Urteilen der Unionsgerichte – eine doppelte Funktion: Zum einen ist er Teil der Definition des Unternehmensbegriffs. Ein Unternehmen im Sinne der Art. 101 ff. AEUV ist „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende *Einheit*, unabhängig von der Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“. Verkürzt ist daher gelegentlich von einem Unternehmen als *wirtschaftlicher Einheit* die Rede. In den englischen, französischen, italienischen und niederländischen Sprachfassungen werden in diesem Zusammenhang anstelle des Begriffs der Einheit die Begriffe „*entity*“, „*entité*“, „*entità*“ beziehungsweise „*entiteit*“ gebraucht. Zum anderen wird der Begriff der wirtschaftlichen Einheit verwendet, um die Beziehung zwischen verbundenen Unternehmen einerseits, insbesondere die Beziehung zwischen einer Konzernmutter- und ihrer Tochtergesellschaft, und die Beziehung zwischen einem Geschäftsherrn und seinem Handelsvertreter andererseits sprachlich zu erfassen. Mutter- und Tochtergesellschaft beziehungsweise Geschäftsherr und Handelsvertreter können unter bestimmten Voraussetzungen eine *wirtschaftliche Einheit* bilden. In den englischen, französischen, italienischen und niederländischen Sprachfassungen gelangen in diesem Zusammenhang anstelle des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit die Begriffe „*economic unit*“, „*unité économique*“, „*unità economica*“ beziehungsweise „*economische eenheid*“ zur Anwendung. In jüngeren Urteilen der Unionsgerichte wird das Unternehmen – die Unterscheidung in den anderen Sprachfassungen nachvollziehend – im Deutschen mehrheitlich als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende *Einrichtung*, unabhängig von der Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“ definiert.

(2) Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit (im Sinne der *economic unit*) erschöpft sich in einer rein deskriptiven Funktion, macht die Beziehung zwischen verbundenen Unternehmen beziehungsweise zwischen einem Geschäftsherrn und seinem Handelsvertreter sprachlich erfassbar, bleibt aber angesichts der Vielzahl erfasster Konstellationen sowie der jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen letztlich ohne normativen Gehalt. Die pauschale Gleichsetzung von wirtschaftlicher Einheit und Unternehmen als Normadressaten im Sinne der Art. 101 ff. AEUV ist daher abzulehnen.

(3) Im Hinblick auf das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften legen sowohl die Kommission als auch die Unionsgerichte ein enges Begriffsverständnis der wirtschaftlichen Einheit zugrunde. Eine wirtschaftliche Einheit mit

der Folge der Zurechnung wettbewerbsrechtswidriger Verhaltensweisen liegt nur vor, wenn die Konzerngesellschaft, deren alternative oder kumulative Verantwortlichkeit für eine Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln begründet werden soll, gegenüber der unmittelbar tatbeteiligten Gesellschaft zum einen über die Möglichkeit zur Ausübung bestimmenden Einflusses verfügt und diesen zum anderen im konkreten Fall auch tatsächlich ausgeübt hat. Was die Reichweite anbelangt, besteht eine solche *wirtschaftliche Einheit im engeren Sinne* nur entlang der – im konkreten Fall tatsächlich ausgeübten – Einflussnahmemöglichkeiten. In der für die Zwecke der vorliegenden Arbeit paradigmatischen Mutter-Tochter-Situation ist die Zurechnung des wettbewerbsrechtswidrigen Verhaltens einer Tochtergesellschaft zu ihrer Muttergesellschaft (d.h. im Vertikalverhältnis aufwärts) die Regel. Demgegenüber ist eine Zurechnung des wettbewerbsrechtswidrigen Verhaltens einer Muttergesellschaft zu ihrer Tochtergesellschaft (d.h. im Vertikalverhältnis abwärts) oder zwischen mehreren Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft (d.h. im Horizontalverhältnis) – von seltenen Fällen abgesehen – ausgeschlossen.

(4) Die Frage der Privilegierung konzerninterner Maßnahmen der Verhaltenskoordinierung ist dogmatisch nicht im Rahmen des Unternehmensbegriffs zu verorten, sondern an das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung anzudocken. In Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 2 der FKVO ist als Voraussetzung des Konzernprivilegs lediglich das Bestehen einer Möglichkeit zur Ausübung bestimmenden Einflusses, nicht aber die tatsächliche Ausübung desselben zu verlangen. In seiner Reichweite ist das Konzernprivileg nicht nur auf verhaltenskoordinierende Maßnahmen zwischen einer Mutter- und ihren Tochtergesellschaften beschränkt, sondern kann – wie die Kommission in ihren Horizontalleitlinien zutreffend beschreibt – auch auf verhaltenskoordinierende Maßnahmen zwischen Tochtergesellschaften derselben Muttergesellschaft, d.h. zwischen Schwestergesellschaften, Anwendung finden. Darüber hinaus sind verhaltenskoordinierende Maßnahmen zwischen einer Muttergesellschaft und ihren mittelbaren (Enkel-) Tochtergesellschaften, zwischen letzteren sowie zwischen (Tochter-) Gesellschaften, die auf unterschiedlichen Stufen der Konzernhierarchie angesiedelt sind, aus dem Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszuklammern. Das Konzernprivileg greift mithin nicht nur im direkten oder indirekten Vertikalverhältnis, sondern auch im Horizontal- sowie im Diagonalverhältnis. Will man den Begriff der wirtschaftlichen Einheit – in Übereinstimmung mit den Unionsorganen – auch im vorstehenden Zusammenhang verwenden, sollte präziser von einer *wirtschaftlichen Einheit im weiteren Sinne* die Rede sein.

(5) Nicht zuletzt angesichts des mit einer wirtschaftlichen Interpretation des Unternehmensbegriffs einhergehenden Verlusts an Rechtssicherheit ist ein Verständnis des Unternehmensbegriffs, das auf das Erfordernis rechtlicher Verfasstheit im Sinne von Rechtsfähigkeit verzichtet und stattdessen wirtschaftliche Einheiten als Normadressaten der Art. 101 ff. AEUV ansieht, abzulehnen. Entgegen der Praxis der Kommission, der (jüngeren) Rechtsprechung der Unionsgerichte und der herrschenden Meinung im Schrifttum ist unter einem Unternehmen im Sinne der Art. 101 ff. AEUV nur der Rechtsträger der ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit (Unternehmensträger), mithin jeder natürliche oder rechtlich konfigurierte Marktakteur, zu verstehen. Der Begriff des rechtlich konfigurierten Marktakteurs erfasst alle juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, einschließlich der nach nationalem Recht (teil-) rechtsfähigen Personenmehrheiten. Die herkömmliche Definition des Unternehmens durch den Gerichtshof ist daher um das Kriterium rechtlicher Verfasstheit zu ergänzen. Ein Unternehmen im Sinne der Art. 101 ff. AEUV ist danach: jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende, rechtlich selbstständige Einrichtung, unabhängig von der Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.

(6) Nach dem vorliegend vertretenen Ansatz zur Neuausrichtung des Konzepts der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften – im Sinne eines strikt einflussbezogenen Rechtsträgerkonzepts – sind in Konzernsachverhalten die einzelnen Gesellschaften als rechtlich selbstständige, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtungen und damit als Unternehmen im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts anzusehen. Übt – in der paradigmatischen Mutter-Tochter-Situation – eine Muttergesellschaft bestimmenden Einfluss auf das Marktverhalten ihrer Tochtergesellschaft aus, ist (auch) die Muttergesellschaft als an der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Tochtergesellschaft beteiligt anzusehen. Deshalb kann das wettbewerbsrechtswidrige Verhalten einer formell für die Tochtergesellschaft tätig werdenden natürlichen Person (auch) der Muttergesellschaft zugerechnet werden. Die Tochtergesellschaft wird in einem solchen Fall – ohne ihre Eigenschaft als Unternehmen im Sinne der Art. 101 ff. AEUV zu verlieren – Teil einer übergeordneten wirtschaftlichen Einheit im weiteren Sinne, deren Rechtsträgerin allein die Muttergesellschaft ist.

(7) Bringt man den vorliegend vertretenen Ansatz zur Neuausrichtung des Konzepts der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften – im Sinne eines strikt einflussbezogenen Rechtsträgerkonzepts – konsequent zur Anwendung, sind auf Rechtsfolgenreise drei Modifikationen vorzunehmen. Erstens kommen – in weitgehender Übereinstimmung mit der Praxis der Unionsorgane – als Adressaten einer Geldbuße nur solche Konzerngesellschaften in Betracht, die entweder durch die für sie tätig werdenden natürlichen Personen unmittelbar an einem Verstoß gegen die europäischen Wettbewerbsregeln beteiligt sind oder bestimmenden Einfluss auf das Marktverhalten einer unmittelbar tatbeteiligten Gesellschaft ausgeübt haben. Zweitens sind statt einer einheitlichen, auf Basis des Gesamtkonzernumsatzes bemessenen, gesamtschuldnerischen Geldbuße gegenüber den einzelnen Konzerngesellschaften individuelle Geldbußen festzusetzen, deren Höhe sich nach den jeweiligen Umsätzen der betreffenden Gesellschaften bemisst. Dabei sind, um die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens korrekt abzubilden, jeder der betreffenden Gesellschaften die Umsätze der von ihr kontrollierten Konzerngesellschaften in partieller Analogie zu Art. 5 Abs. 4 der Fusionskontrollverordnung (FKVO) zuzurechnen. Drittens sind – zur Vermeidung einer Doppelsanktionierung – die betreffenden Konzerngesellschaften als Gesamtschuldnerinnen anzusehen, soweit sich die ihnen gegenüber individuell verhängten Geldbußen der Höhe nach überschneiden.

(8) In dem besonderen Fall, dass eine Konzernmuttergesellschaft (nahezu) 100% der Anteile an ihrer Tochtergesellschaft hält, wird die tatsächliche Ausübung bestimmenden Einflusses durch die Muttergesellschaft von den Unionsorganen vermutet. Angesichts des Umstands, dass es bislang keiner Muttergesellschaft gelungen ist, die Vermutung tatsächlicher Einflussnahme zu widerlegen, ist eine allein auf die Höhe der Kapitalbeteiligung gestützte Vermutungsregelung abzulehnen und stattdessen für eine maßvollere Handhabung zu plädieren. Der Kommission als Verfolgungsbehörde sollte die Verpflichtung auferlegt werden, neben der Höhe der Kapitalbeteiligung weitere objektiv nachweisbare Anhaltspunkte, die auf eine tatsächliche Ausübung bestimmenden Einflusses schließen lassen, zu ermitteln. Hierzu können insbesondere die rechtliche und wirtschaftliche Verfasstheit eines Konzerns sowie die gesetzlichen und/oder satzungsmäßigen Rechte einer Muttergesellschaft als (Allein-) Gesellschafterin ihrer Tochtergesellschaft herangezogen werden. Im Gegenzug kann der Anwendungsbereich der Vermutungsregelung auch auf Fälle jenseits einer nahezu einhundertprozentigen Kapitalbeteiligung ausgedehnt werden. Die Grenze für die Anwendung der Vermutung tatsächlicher Einflussnahme ist aber erreicht, wenn im konkreten Fall andere Gesellschafter (zumindest gemeinsam) über eine qualifizierte Minderheitsbeteiligung, etwa eine Sperrminorität, verfügen und auf diese Weise ihren eigenen Interessen Ausdruck verleihen können.

(9) Da der Bezugspunkt der tatsächlichen Ausübung bestimmenden Einflusses nach zutreffendem Verständnis der Unionsorgane im Marktverhalten der unmittelbar an der Zuwiderhandlung beteiligten Gesellschaft, verstanden als Geschäftspolitik im denkbar weiten Sinne, zu sehen ist, kann auch die Existenz eines konzernweiten Compliance-Programms als Indiz für die tatsächliche Ausübung bestimmenden Einflusses einer Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft gewertet werden. Aus rechtspolitischer Sicht kann dies jedoch gegenüber Muttergesellschaften, die sich um die konzernweite Befolgung der europäischen Wettbewerbsregeln bemühen, zu einer falschen Anreizsetzung führen. Trotz der mit der Bewertung von Compliance-Programmen verbundenen Schwierigkeiten sollten ernsthafte Bemühungen um eine konzernweite Befolgung der europäischen Wettbewerbsregeln im Rahmen der Bemessung der zu verhängenden Geldbuße stärker als bisher berücksichtigt werden. Das hier vertretene Verständnis des Konzepts der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften würde zudem die Möglichkeit eröffnen, im Rahmen der jeweils separat zu kalkulierenden Geldbußen die Bemühungen einzelner Konzerngesellschaften individuell zu würdigen.

(10) Indem das vorliegend vertretene Verständnis des unionalen Konzepts der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften die einzelne Konzerngesellschaft als Rechtsträgerin des jeweiligen Unternehmens in den Mittelpunkt der Überlegungen rückt, ihre jeweilige Verantwortlichkeit gesondert begründet und die Verhängung individuell bemessener Geldbußen fordert, befindet es sich schließlich mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, unionalen Grundrechten und tragenden Prinzipien des europäischen Gesellschaftsrechts im Einklang.

